



## Tilburg University

### Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht

Groenhuijsen, M.S.

*Published in:*  
Rechtsvinding

*Publication date:*  
1996

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

#### *Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S. (1996). Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht. In E. S. G. N. A. I. van de Griend, & B. N. W. de Waard (Eds.), *Rechtsvinding: Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel\*\* van de Asser-serie (Asser-Vranken)* (pp. 9-20). W.E.J. Tjeenk Willink.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

M.S. Groenhuijsen

Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht

1. In 1970 verscheen het boek "Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung" van de hand van Esser. Het werk werd wereldberoemd. In de literatuur volgde een uitvoerige exegese van het kernbegrip 'Vorverständnis'. Vorverständnis is een unieke combinatie van kennis en ervaring, die zowel het denken als het waarnemen van de jurist programmeert. Rechtspraak - in de dubbele betekenis van het woord: als activiteit en als produkt, als resultaat - kan niet worden begrepen zonder inzicht in de betekenis van dit type kennistheoretische noties. Dat werd niet in het minst onderstreept in de dissertatie van Vranken over "Kritiek en methode in de rechtsvinding".<sup>1</sup> Enkele jaren later nam de discussie omtrent het Vorverständnis een nieuwe wending, toen Degenkamp de perfecte Nederlandse vertaling van dit begrip vond: hij sprak over sjoege!<sup>2</sup> Dat is volgens mij (met het scheermes van Occam voortdurend in het achterhoofd) vooruitgang in de rechtswetenschap.

2. In het nieuwe Algemeen Deel van de Asser serie wordt in soortgelijk opzicht - maar op veel grotere schaal - vooruitgang geboekt in de wetenschap. Thema's die doorgaans in gewichtige termen worden beschreven, worden hier bijna lichtvoetig behandeld. Beladen woorden worden eenvoudig weggelaten, waardoor traditionele onderwerpen van rechtsvinding op een frisse, vernieuwende manier aan de orde kunnen worden gesteld. Ik geef een voorbeeld. Vranken spreekt niet over interpretatiemethoden, maar verschaft een inventaris van de gereedschapskist van de rechter. Het gereedschap bestaat uit argumenten. Het zijn middelen om een bepaald resultaat te bereiken. Dat resultaat moet min of meer voorzienbaar, voorspelbaar zijn.

Daarmee kom ik toe aan wat ik beschouw als de twee sterkste kanten van dit Algemeen Deel. Ten eerste de grote nadruk op de samenhang tussen formeel recht en materieel recht. En ten tweede de royale aandacht voor vraagstukken van overgangsrecht. Beide onderwerpen worden in het boek aan de orde gesteld vanuit het perspectief van de berekenbaarheid van rechtsgevolgen van bepaalde handelingen. Ook het procesverloop mag geen volslagen verrassingen voor partijen opleveren. Dit zijn elementen die in de bestaande rechtsvindingsliteratuur sterk onderbelicht zijn gebleven.<sup>3</sup> In deze bijdrage zal ik vooral ingaan op het onderdeel over de samenhang tussen het procesrecht en het materiële recht.

---

<sup>1</sup>Diss. Nijmegen, Deventer 1978.

<sup>2</sup>J.Th. Degenkamp, recensie van H.F.M. Crombag, J.L. de Wijckerslooth, M.J. Cohen, Een theorie over rechterlijke beslissingen, in: R.M. Themis 1979, p. 32.

<sup>3</sup>En niet alleen in dat deel van de literatuur; het heeft mij bijvoorbeeld altijd verbaasd dat in het universitaire onderwijs in het burgerlijk recht het materiële recht en het procesrecht zo sterk gescheiden aan de orde komen.

3. De vraag luidt in hoeverre het procesrecht voldoende beantwoordt aan de doelstelling om gegronde materieelrechtelijke aanspraken te realiseren. Impliciet zijn dan de kernpunten aan de orde van ieder rechtsvindingsdebat: bij een rechtsbeslissing gaat het om vaststelling van feiten en om toepassing van recht.

Vooraf in relatie tot de vaststelling van feiten wordt er vanouds een nogal principieel verschil aangenomen tussen het civiele geding en een strafproces. We kennen allemaal de trefwoorden waarin dit verschil wordt uitgedrukt. In het strafrecht gaat het er om de materiële waarheid te achterhalen, terwijl in het geding bij de burgerlijke rechter een meer formeel waarheidsbegrip wordt gehanteerd. Dat hangt samen met een verschil in de verhouding tussen de rechter en de overige deelnemers aan het proces. In civilibus bepalen de partijen de omvang van de rechtsstrijd, en wel in die zin dat kwesties waar zij het over eens zijn in dat geding als vaststaand mogen worden beschouwd. Kortom: de burgerlijke rechter zou in deze zin een lijdelijke positie hebben. De strafrechter daarentegen wordt geacht zich actiever op te stellen. Hij dient zelfstandig - ambtshalve - na te gaan of de onderzoeksresultaten die hem worden voorgehouden corresponderen met datgene wat zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. De buitengrens van zijn bevoegdheid wordt bepaald door de telastelegging, waarin het objectum litis is afgebakend.<sup>4</sup>

Vranken geeft in de eerste plaats aan dat dit verschil in menig opzicht is gerelativeerd. De burgerlijke rechter is al lang niet meer zo lijdelijk als in de oudere dogmatiek werd aangenomen. Hij wijst op verschillende ontwikkelingen - waaronder het nieuwe leerstuk van de zogeheten mededelingsplichten - op grond waarvan ook in het civiele proces de feitelijke grondslag van het geschil in toenemende mate vanuit een materiële invalshoek wordt gereconstrueerd.

Maar in zekere zin gaan de aangebrachte aanpassingen nog niet ver genoeg. Dat blijkt onder andere uit het door Vranken uitvoerig besproken Varkenspest-arrest<sup>5</sup>, waarin de uiteindelijke beslissing van de rechter berustte op feiten die in feite geen feiten waren (als ik het zo mag uitdrukken)<sup>6</sup>. Als gevolg van processuele contingenties (in hoger beroep was een bepaalde rechtsopvatting van de rechtbank niet expliciet aangevochten) moest de Hoge Raad er in cassatie van uit gaan dat Swinkels, de eigenaar van een ziek varken dat uit zijn stal was ontsnapt, niet op de hoogte was van de voor soortgenoten gevaarlijke medische toestand van zijn dier. In feite wist hij dat wel degelijk, hetgeen gemakkelijk had kunnen worden vastgesteld

---

<sup>4</sup>Penalisten spreken over de 'tyrannie van de telastelegging'. Zie over de geschiedenis en de actualiteit van dit thema, mede in rechtsvergelijkend perspectief: J. Boksem, *Op den grondslag der telastelegging. Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel*, diss. Nijmegen 1996.

<sup>5</sup>HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415

<sup>6</sup>Zo ook J.H. Nieuwenhuis, *Een discursieve grootheid*, *Nederlands Juristenblad* 1995, p. 1389.

indien dat in een eerdere fase van het geding als een relevant vraagpunt aan de orde was gekomen. Nu kreeg zijn wederpartij, Bardoel, eenvoudig gezegd niet waar hij recht op had. Bij die stand van zaken worden gegronde materieelrechtelijke aanspraken niet gerealiseerd ten gevolge van een vigerende processtructuur.

Wat kan daaraan worden gedaan? In het eerste hoofdstuk van deel A worden vier factoren beschreven die bepalen in welke mate de rechter een juist en volledig inzicht kan krijgen in de feitelijke grondslag van het geschil.<sup>7</sup> Die factoren zijn verhelderend, omdat een juist inzicht in deze randvoorwaarden van belang is in verband met het aspiratieniveau bij de kennisverwerving door de rechter. Een groot deel van het hoofdstuk lijkt te zijn gericht op het bevorderen van materiële waarheidsvinding door de rechter, aangezien het onrechtvaardig zou zijn indien de beslissing berust op gegevens die niet in overeenstemming zijn met de werkelijkheid. Maar in de nummers 38 en 41 wordt dan duidelijk gemaakt waar de grenzen van de onderzoeksplicht van de rechter liggen. Met name in nummer 41 wordt kenbaar gemaakt dat het civiele procesrecht in de visie van Vranken geen vrijbrief geeft om onafhankelijk van wat partijen hebben aangevoerd een onderzoek in te stellen naar de feiten van het geval.

Uiteraard kan ik dit traditionele uitgangspunt van burgerlijk procesrecht billijken. Toch zou ik naar aanleiding van deze beschouwingen een principiële vraag willen opwerpen. In nummer 45 is onder andere aan de orde de aanvulling van rechtsgronden, ambtshalve door de rechter. Het gaat dan om de toepassing van art. 48 Rv, door Vranken aangemerkt als een van de centrale bepalingen van het Nederlandse civiele procesrecht. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is onder bepaalde voorwaarden mogelijk. Ten eerste: de aangevoerde feiten kunnen het ingeroepen rechtsgevolg of verweer ook op de niet gestelde grondslag rechtvaardigen. En ten tweede: de partij stelt zich in de procedure zo op dat zij de rechter de vrijheid laat op een andere dan de ingeroepen grondslag te beslissen. De vraag die bij mij rees is: waarom worden die voorwaarden niet *mutatis mutandis* gesteld voor aanvulling van feitelijke gronden? Mij lijkt een dergelijk rechterlijk activisme aan de ene kant aan te sluiten bij de hoofdlijnen van het betoog in het eerste hoofdstuk, terwijl het anderzijds past bij het stelsel waarin partijen niet mogen worden verrast of overvallen door noviteiten die aan hun wil zijn onttrokken.

4. Ik stap over naar het strafproces. Ook het strafprocesrecht beoogt gegronde materieelrechtelijke aanspraken te realiseren.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Zie paragraaf 3 onder de opschriften 'mondelinge of schriftelijke procedure'; 'informatieplichten van partijen'; 'deformalisering en de goede procesorde'; en 'bedrijvigheid van de rechter'.

<sup>8</sup>In hand- en leerboeken wordt altijd als een van de doeleinden van het strafprocesrecht omschreven het toepassen van het materiële strafrecht. G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, 2e druk, Arnhem 1995, p. 5 spreekt bijvoorbeeld over "het regelen van de schakel tussen het strafbaar

Maar niet altijd en niet onder alle omstandigheden! De vraag (volgens mij een tamelijk interessante vraag) is derhalve: wanneer en op welke gronden zien we er bewust, weloverwogen, van af om dergelijke aanspraken daadwerkelijk te realiseren?

Dat kan vooral het geval zijn in twee typen situaties.<sup>9</sup> Ten eerste in geval van schending van op straffe van nietigheid gestelde vormvoorschriften in het proces, gedurende het voorbereidend onderzoek of tijdens de behandeling ter terechtzitting. En in de tweede plaats wanneer onderzoeksresultaten op onrechtmatige wijze zijn verkregen. De zogenoemde uitsluitingsregel kan dan meebrengen dat een materieel schuldige verdachte niet wordt veroordeeld. Over ieder van deze situaties maak ik enkele opmerkingen.

5. Het strafprocesrecht kent twee soorten nietigheden: de zogeheten formele en substantiële nietigheden.<sup>10</sup> Formele nietigheden zijn die nietigheden die rechtstreeks uit de wet voortvloeien: het niet in acht nemen van een bepaalde vorm wordt uitdrukkelijk met nietigheid bedreigd. Bij substantiële nietigheden is die sanctie niet direct in de wettekst te vinden, maar vloeit zulks voort uit de aard van de niet in acht genomen vorm (zie art. 99 RO). De laatstbedoelde nietigheden zijn vanuit rechtsvindingsoogpunt interessant omdat daar op gezag van de rechter zoveel gewicht aan een geschonden norm wordt toegekend, dat de ultieme processuele sanctie op zijn plaats wordt geacht. Ten aanzien van de formele nietigheden doet zich het even opmerkelijke fenomeen voor, dat schending van dergelijke bepalingen in de jurisprudentie met grote regelmaat wordt gerelativeerd.<sup>11</sup> De gevolgen van dergelijke verzuimen worden dan verzacht of teniet gedaan, met een beroep op een 'moderne' behandeling van vormvoorschriften. Dit alles is uiteraard rechtstreeks van belang in relatie tot het al dan niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken.

---

feit en de door de rechter op te leggen strafrechtelijke sanctie". A. Minkenhof/J.M. Reijntjes, De Nederlandse strafvordering, 5e druk, Arnhem 1990, p. 1 stelt: "Doel van het strafprocesrecht is in de eerste plaats een ordelijke toepassing van de strafwet mogelijk te maken".

<sup>9</sup>Ik zie nu af van situaties als bedoeld in art. 167 Sv, waarin het algemeen belang onvoldoende indicaties oplevert om over te gaan tot het instellen van strafvervolgning. Voor de goede orde wijs ik er op dat toepassing van art. 9a Sr - schuldigverklaring zonder oplegging van straf - wel degelijk inhoudt dat de aanspraken van het materiële strafrecht worden gerealiseerd.

<sup>10</sup>Zie de klassieker P.S. de Gruyter, Nietigheden in het strafproces en techniek der appelrechtspraak in strafzaken, 5e druk, 's-Gravenhage 1976; zie ook E.F. Stamhuis, Vormvoorschriften. Een overzicht van rechtspraak, Arnhem 1995.

<sup>11</sup>Men spreekt wel van de leer der incidentele geldigheid ondanks wettelijke onverbiddelijkheid; zie de bekende noot van Röling onder HR 19 januari 1954, NJ 1954, 348.

Als rode lijn is uit de jurisprudentie te destilleren dat nietigheid o.a. achterwege kan blijven indien de verdachte door het verzuim niet in zijn belangen is geschaad. Daarnaast hanteert de Hoge Raad het criterium of een fout een zodanige inbreuk op een goede procesorde maakt dat nietigheid het gevolg behoort te zijn.<sup>12</sup> De rechtspraak neigt naar een proportionele verhouding tussen verzuim en sanctie; de subsidiariteit speelt bovendien een rol, voorzover herstel van het verzuim in principe de voorkeur heeft boven het toepassen van sancties.<sup>13</sup> Niettemin kunnen vanuit rechtsvindingsoogpunt nog heel wat vragen worden gesteld naar aanleiding van deze ontwikkeling. Schalken stelt bijvoorbeeld vast: "Strafvordering als beleidsrecht en rechtersrecht ruikt op ten koste van de gaarne hooggehouden fictie, dat het strafprocesrecht een gesloten stelsel van bevoegdheden en verplichtingen omvat en dat de striktheid van procesregels het voornaamste kenmerk daarvan zou zijn. In de rechtspraak worden contra en praeter legem constructies aanvaard met een ruimhartigheid alsof de wetgever nooit iets anders zou kunnen hebben bedoeld."<sup>14</sup> De kernvraag is dan: waarom worden sommige voorschriften nog steeds onverbidde op straffe van nietigheid gehandhaafd, terwijl elders - zonder evidente redenen - een aanmerkelijke soepelheid aan de dag wordt gelegd? Hier ligt een taak voor de wetgever. Het strafvorderlijk systeem zou uitdrukkelijk ruimte moeten bieden aan de rechter om een oplossing te kiezen die het best aansluit bij de omstandigheden van het geval.<sup>15</sup>

Tegen deze achtergrond moet het rapport 'Recht in vorm' van de commissie-Moons worden gelezen.<sup>16</sup> De commissie stelt vast dat de omstandigheden waaronder vormverzuimen worden begaan sterk uiteen kunnen lopen, en dat de gevolgen daarvan dienovereenkomstig dienen te worden gedifferentieerd. Bijgevolg zouden de in de rechtspraak ontwikkelde sancties, zoals strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM, als alternatieven voor nietigheid in de wet moeten worden opgenomen. Terzijde vermeld ik dat de wetgever deze gedachte inmiddels heeft overgenomen.<sup>17</sup> Voor mijn betoog is

---

<sup>12</sup>HR 3 januari 1989, NJ 1989, 515.

<sup>13</sup>T.M. Schalken, Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijke belang van de verdachte: een redelijk criterium? Enkele inleidende opmerkingen, in: T.M. Schalken, E.J. Hofstee (red.), In zijn verdediging geschaad, Arnhem 1989, p. 14. Zie ook, in dezelfde bundel op p. 17 e.v., A.J.M. Machielse, De vorm van het strafrecht. Over de plaats en de functie van strafvorderlijke vormvoorschriften.

<sup>14</sup>T.M. Schalken, Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen, oratie VU Amsterdam, Arnhem 1987, p. 20.

<sup>15</sup>T.M. Schalken, a.w. (oratie) p. 21.

<sup>16</sup>Zie G.J.M. Corstens (red.), Rapporten herijking strafvordering 1993, Arnhem 1993, p. 9-91.

<sup>17</sup>Wet van 14 september 1995, i.w.tr. per 1 januari 1996 (Stb. 441)(kamerstukken 23705). Ingevoegd is een nieuw art.

echter vooral van belang dat de visie van de commissie berust op een 'ordenend beginsel'. Dit beginsel houdt in "dat slechts die vormvoorschriften door de wetgever met nietigheid moeten worden bedreigd waarvan verlangd mag worden dat deze door de rechtspraak ook in absolute zin gehandhaafd worden". 'In absolute zin' wil zeggen: zonder uitzondering. Concreet betekent dit dat voor bedreiging met formele nietigheid "slechts die voorschriften in aanmerking komen waarvan de gerede verwachting bestaat dat zich geen, ook niet het lichtste, geval laat denken waarin nietigheid als een te zware sanctie wordt ervaren".<sup>18</sup>

Het belang van deze opvatting is mijns inziens gelegen in de ontkoppeling van een waardeoordeel omtrent de betekenis van een vormvoorschrift enerzijds en de onwrikbare sanctie van nietigheid anderzijds. Dat wil zeggen: het uitgangspunt is niet (langer) dat de kwalitatief belangrijkste bepalingen met formele nietigheid worden gesanctioneerd. Van sommige procesrechtelijke normen kan het essentiële karakter worden erkend, zonder dat daaraan steeds een onverbiddelijke nietigheid behoeft te worden gekoppeld. Als voorbeeld noemt de commissie de bepalingen omtrent de samenstelling van een rechterlijk college. Als de voorgeschreven omvang van een college niet wordt gehaald, zal er altijd sprake zijn van een nietige behandeling. Maar dit geldt bijvoorbeeld niet ten aanzien van de wettelijke verplichting om de namen van de oordelende rechters in het vonnis te vermelden: een verzuim op dat punt kan plaatshebben onder omstandigheden die maken dat die drastische sanctie achterwege kan blijven.

Ik merk op dat de werkwijze van de commissie-Moons afwijkt van de benadering die doorgaans in de literatuur is beproefd. Meijers bijvoorbeeld maakt een onderscheid tussen waarborgen en beginselen.<sup>19</sup> Waarborgen omschrijft hij als "de processuele regels met de naleving waarvan een goede procesorde staat of valt: de essentialia van een goede procesorde of de spelregels waarvan onder geen beding mag worden afgeweken". Beginselen

---

359a Sv omtrent de gevolgen van vormverzuimen gedurende het vooronderzoek, die niet meer kunnen hersteld. Als rechtsgevolgen komen in aanmerking: strafverlaging, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het OM. Er is met nadruk van afgezien om ook schadevergoeding als mogelijkheid op te nemen.

<sup>18</sup>A.w. p. 18.

<sup>19</sup>L.C.M. Meijers, Waarborgen voor een eerlijke (straf)procedure, in: Met hoofd en hart (Leijten-bundel), Arnhem 1991, p. 181-191. Andere voorbeelden uit de literatuur: A.J.M. Machielse, a.w., maakt onderscheid tussen 'structuurnormen' en 'harde scenarionormen'; A. Heijder onderscheidt 'constitutieve en regulatieve regels', De wederrechtelijkheid is betrekkelijk. Enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatig verkregen bewijs, in: Beginselen (G.E. Mulder-bundel), Arnhem 1981, p. 89-105 ("Overtreding van een constitutieve regel brengt uit de aard der zaak nietigheid van de betreffende verrichting mee. Het wezen van het strafproces staat dan immers op het spel.")(p. 101)

zijn dan "anders dan waarborgen, geen strikte eisen waarvan de rechter onder geen beding mag afwijken, maar uitgangspunten of richtlijnen voor de rechter bij de afweging van de belangen van de procesdeelnemers en van de gemeenschap bij de bescherming van hun rechten". Concrete voorbeelden van onwrikbaar te handhaven waarborgen zijn volgens Meijers: a. onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak; b. openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak; c. de behandeling op tegenspraak; en d. de motiveringsplicht van de rechter. Hoewel deze opsomming in zijn kern uiteraard op brede steun zal mogen rekenen (omdat het zonder uitzondering gaat om onmiskenbaar cruciale normen), lijkt mij toch dat aan de marges van de als waarborg uitverkoren normen problemen onvermijdelijk zijn. Dat blijkt bijvoorbeeld daar waar Meijers de waarborg van een behandeling op tegenspraak gaat inkleuren. In het voetspoor van de Lamy-zaak<sup>20</sup> wijst Meijers op de voorschriften omtrent de betekening van de dagvaarding, het recht op rechtsbijstand, de bijstand door een tolk, het geheel van geschreven en ongeschreven regels omtrent het horen van de deelnemers aan het proces, en de termijnvoorschriften die bepalen wanneer een vonnis in kracht van gewijsde gaat. Ook het voorschrift van art. 29 lid 1 Sv en de presumptio innocentiae worden aangemerkt als concretisering van de centrale waarborg van de tegenspraak. Deze opsomming onderstreept het bijzondere kwalitatieve gehalte van de voorschriften die het contradictoire karakter van de procedure moeten waarborgen. Toch laten zich mijns inziens omstandigheden denken, waarin een verzuim op een van deze punten niet tot nietigheid of tot niet-ontvankelijkheid van het OM zou moeten leiden. Een voorbeeld zou kunnen zijn dat de tolk - in strijd met de regels - enkele ter terechtzitting gemaakte opmerkingen niet heeft vertaald. Wanneer dan komt vast te staan dat de desbetreffende uitlatingen niet van reëel belang zijn voor de beoordeling van de strafzaak, is het onnodig - en niet passend - om tot een zo drastische sanctionering van het vormverzuim over te gaan. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld wanneer de dagvaarding formeel niet juist is betekend, maar deze de verdachte toch heeft bereikt: dan is er evident geen grond tot nietigheid.

Aan de hand van dit type voorbeelden kan worden aangegeven waar de winst ligt die wordt geboekt door de benadering van de commissie-Moons. Het optimaliseert de kans op een uitkomst die recht doet aan de omstandigheden van het geval. Differentiatie volgens het patroon van art. 359a Sv, waarbij de rechter de vrije keuze heeft uit gelijkwaardige alternatieven.<sup>21</sup> Mijn slotsom op dit punt is dat de door de commissie-Moons gewezen weg op een verantwoorde manier bijdraagt aan het realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafproces.

---

<sup>20</sup>EHRM 30 maart 1989, serie A, nr. 151, waarin de eis wordt gesteld dat de procedure truly adversarial moet zijn.

<sup>21</sup>Vermeldenswaard is nog dat lid 2 van art. 359a Sv de rechter instrueert om bij de toepassing van het eerste lid rekening te houden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.



6. Mijn tweede voorbeeld betreft het terrein van het onrechtmatig verkregen bewijs. Ook hier moet worden vooropgesteld dat de zogenaamde uitsluitingsregel een produkt is van rechtsvin- ding door de strafrechter. Nog in de conclusie bij het befaamde tweede Bloedproefarrest betoogde Langemeijer dat hij be- wijsuitsluiting weliswaar waardig en sympatiek vond, maar dat het wettelijk stelsel daartoe geen ruimte zou bieden. De Hoge Raad oordeelde anders.<sup>22</sup> Het is algemeen bekend dat de bewijs- uitsluitingsregel nadien verder is gepreciseerd en in menig opzicht ook is gerelativeerd. Waar het mij in het verband van dit betoog evenwel om gaat, is de vraag of bewijsuitsluiting in principe als de primaire sanctie op het onrechtmatig verwerven van onderzoeksresultaten moet worden gehandhaafd, ook al heeft dat tot gevolg dat gegronde materieelrechtelijke aanspraken dan niet worden gerealiseerd.

Onlangs is door Fokkens in de Leijten-bundel betoogd dat ook bij dit onderwerp meer differentiatie gepast zou zijn. De bestaande situatie acht hij om twee redenen onbevredigend: "enerzijds omdat een niet al te ernstige inbreuk op rechten van de verdachte ook in geval van zeer ernstige feiten tot vrijspraak kan leiden; de sanctie is dan onevenredig ten opzichte van de ernst van de rechtsschending; anderzijds omdat de sanctie geen effect heeft indien er voldoende ander, recht- matig verkregen bewijsmateriaal overblijft".<sup>23</sup>

Zelf ben ik van mening dat de bewijsuitsluitingsregel als principe, dus als uitgangspunt moet worden gehandhaafd. Als er voldoende ander, op correcte wijze vergaard belastend materiaal beschikbaar is, is er m.i. ook een goede reden om de kennelijk gegronde materieelrechtelijke aanspraak daadwerkelijk te realiseren.<sup>24</sup> En als schending van de rechten van verdachte leidt tot een vrijspraak in een ernstige zaak, is dat een consequentie die naar mijn oordeel logisch voortvloeit uit de grondstructuur van ons strafprocesrecht.<sup>25</sup> Die bewering vergt

---

<sup>22</sup>Zie HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470 m.n. WP: "dat het met de strekking van het WvSv, in het bijzonder met de daarin aan den verd. toegekende waarborgen, onverenigbaar zou zijn, indien de rechter tot het bewijs zou doen medewerken de resultaten van een bloedonderzoek ook in gevallen waarin, bij gebreke van toestemming van den verd., het afnemen van bloed als een onrechtmatige aantasting van diens lichamelijke integriteit moet worden beschouwd". Zie ook HR 18 april 1978, NJ 1978, 365 m.n. ThWvV.

<sup>23</sup>J.W. Fokkens, Enkele gedachten over de sanctie op on- rechtmatige bewijsgaring, in: Met hoofd en hart (Leijten- bundel), Arnhem 1991, p. 227-234; zie ook G.J.M. Corstens, a.w. (Handboek), p. 636-638, die eveneens van mening is dat niet in abstracto kan worden aangegeven welke sanctie wanneer moet volgen.

<sup>24</sup>Behoudens het geval van zeer ernstige onrechtmatigheden in de bewijsgaring, maar daarin is naar geldend recht voorzien door de mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid van het OM.

<sup>25</sup>Een aanvullend argument hiervoor kan worden ontleend aan

enige toelichting.

In de literatuur is herhaaldelijk aandacht geschonken aan de rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken. Krikke heeft op grond van een wetshistorische argumentatie verdedigd dat art. 256 lid 2 Sv de rechter verbiedt aan schending van regels van het voorbereidend onderzoek enig rechtsgevolg te verbinden.<sup>26</sup> Maar: art. 6 EVRM heeft dit verbod doorbroken. Het toepassen van bewijsuitsluiting vindt zijn rechtsgrond dan ook in het 'fair hearing-beginsel' van art. 6 lid 1 EVRM. Deze visie is vervolgens bestreden door De Jong.<sup>27</sup> Volgens De Jong is er naast een verdragsrechtelijke basis ook een fundament voor bewijsuitsluiting te ontleen aan het nationale recht. Immers, zo stelt deze auteur, art. 256 lid 2 Sv heeft - anders dan Krikke meent - maar heel weinig te maken met het onderhavige leerstuk, terwijl art. 1 Sv juist de aanvulling van het strafvorderlijk systeem "ter meerdere waarborging van de individuele vrijheid" toelaat. Daarmee wordt ruimte gelaten aan een zelfstandige rol voor ongeschreven beginselen van een behoorlijke procesorde.

Ik kies voor hetzelfde vertrekpunt als De Jong. De bewijsuitsluitingsregel is niet een systeemvreemd element dat ons door het EVRM is opgedrongen, maar vloeit - zoals de Hoge Raad terecht in 1962 heeft overwogen - voort uit het stelsel van het Wetboek van Strafvordering. Misschien is een precisering hier op z'n plaats. Ik voel mij het meest aangesproken door de formulering van de Amerikaanse hoogleraar constitutioneel recht, Laurence Tribe. In diens boek met de fraaie titel "God save this honorable court"<sup>28</sup> stelt hij in navolging van Sophocles dat er op niemand een zo dringende plicht rust om de wetten te gehoorzamen als op degenen die de wetten zelf maken en handhaven. Vanuit dit gezichtspunt is er dan ook geen sprake van dat de uitsluitingsregel tot gevolg zou hebben dat de rechten van misdadigers hoger worden gewaardeerd dan de rechten van gezagsgetrouwe burgers. Integendeel, in feite is de

---

de omstandigheid dat de bewijsminimumvoorschriften uit het wetboek krachtens vaste jurisprudentie zodanig plegen te worden uitgelegd, dat er al snel voldoende wettig bewijs aanwezig is. Zie hieromtrent J.F. Nijboer, Strafrechtelijk bewijsrecht, 2e druk, Nijmegen 1995.

<sup>26</sup>A. Krikke, De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken, in: Bij deze stand van zaken (Melai-bundel), Arnhem 1983, p. 273-294. Art. 256 lid 2 luidt: "Is het onderzoek op de terechtzitting aangevangen, dan kan (...) verzuim van vormen bij het voorbereidende onderzoek niet meer tot nietigheid leiden".

<sup>27</sup>D.H. de Jong, Bewijsuitsluiting kent meer dan één rechtsgrond, in: Liber Amicorum Th.W. van Veen, Arnhem 1985, p. 97-111.

<sup>28</sup>New York, 1985. Ook de ondertitel van het boek mag er zijn, zeker in het verband van een symposium over rechtsvin-ding: "How the choice of Supreme Court justices shapes our history".

uitsluitingsregel niet anders dan een explicitering van de omstandigheid dat de wetgever in dit land nauwkeurig vastlegt met welke middelen strafbare feiten en daders daarvan mogen worden opgespoord. In dit uitgangspunt ligt namelijk reeds opgesloten dat er wordt geaccepteerd dat er schuldige personen zijn die niet kunnen worden bestraft, namelijk wanneer hun schuld alleen is vast te stellen met middelen die de wetgever ontoelaatbaar heeft geoordeeld. Langs deze banen kan dus worden beredeneerd dat de zogenaamde uitsluitingsregel in feite niet meer is dan een geprononceerde toepassing van het procesrecht, waardoor de soms negatieve gevolgen van het aanvaarden van secundaire controle niet groter worden, doch uitsluitend beter zichtbaar worden gemaakt.

Mijn conclusie ten aanzien van dit onderdeel luidt dat de bewijsuitsluitingsregel als uitgangspunt en als principe dient te worden gehandhaafd. Dat betekent dat de primaire, de eerst en meest in aanmerking komende sanctie op onrechtmatige bewijsgaring inhoudt dat het desbetreffende onderzoeksresultaat niet als bewijsmiddel in het vonnis kan worden gebezigd. Andere sancties zijn wel mogelijk - zie de beschouwingen van Fokkens en Corstens - maar daarin dient een restrictief beleid te worden gevoerd. Van gelijkwaardige alternatieven is in mijn visie hier geen sprake.

7. Het nieuw verschenen Algemeen Deel van de Asser-serie stelt vakgenoten van alle juridische specialismen in staat om oude en wezenlijke vraagstukken opnieuw te overdenken. Bij lezing van het boek schoot mij de opmerking van Eggens weer te binnen, die ons inscherpt dat "het stelsel van de wet ons niet is gegeven - het is ons opgegeven".<sup>29</sup> Zo is het. Regels, begrippen en beginselen vormen de uitdaging van de rechtswetenschapper. Het nieuwe Algemeen Deel laat ons zien welke instrumenten beschikbaar zijn om dit ruwe materiaal te bewerken.

In het vorenstaande is vooral ingegaan op de vraag in hoeverre - en waarom - we in het strafprocesrecht bewust afzien van het realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken. Het lijkt me onnodig om de belangrijkste bevindingen hier nog eens samen te vatten. In plaats daarvan memoreer ik ter afronding nog een bijzonderheid die steeds een rol moet spelen wanneer civilisten en penalisten met elkaar in gesprek treden. In een burgerlijk geding gaat het veelal om het verdelen van nadeel. Er is schade ontstaan, en de vraag is welke partij die zal moeten dragen. Vanaf dat moment is het voordeel voor de één het nadeel voor de ander. Een zero-sum-game. In het strafproces ontbreekt die vorm van symmetrie en complementariteit. Er is een delict gepleegd, waarvan nogal eens een slachtoffer de dupe is geworden. De inzet van het geding is evenwel vooral de vraag of er nieuw leed op oud leed moet worden gestapeld: of er redenen zijn om de dader te belasten met een nadeel ter ideële effening van de inbreuk op de publieke rechtsorde. Dit principiële verschil in de

---

<sup>29</sup>J. Eggens, Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met ongerechtvaardigde verrijking en misbruik van dwangpositie, Afscheidscollege, Amsterdam 1961, p. 4.

gedingstructuur mag nooit uit het oog worden verloren bij een beschouwing van de vraag onder welke omstandigheden we bereid moeten zijn te accepteren dat gegronde materieelrechtelijke aanspraken niet worden gerealiseerd in het proces.